

LA CRIMINALIDAD DE LOS PODEROSOS* **

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz.

Universidad Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt am Main.

RESUMEN: El presente artículo es la versión escrita de la lección inaugural del ciclo lectivo 2012 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, impartida por el Profesor Dr. Cornelius Prittwitz. La ponencia trata el tema llamado “La Criminalidad de los Poderosos”, y comienza con algunas observaciones sobre esta relación entre el poder y los poderosos, por un lado, y el Derecho, por el otro lado. Luego, continúa con el desarrollo del concepto –o lo que debe entenderse de Criminalidad de los Poderosos. Junto a este desarrollo, vienen aparejadas algunas observaciones sobre los que serían los problemas más importantes que se plantean la Criminología y el Derecho Penal en cuanto a este tema. Finalmente, se concluye con un resumen de las principales ideas y la perspectiva del autor sobre el tópico en cuestión.

**El tema fue desarrollado por el Profesor Dr. Cornelius Prittwitz como lección inaugural del ciclo lectivo del año 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

**** La presente versión escrita se basa en la conferencia dictada y en un artículo escrito por el Prof. Prittwitz en lengua alemana. La traducción libre al castellano de las citas e ideas originalmente expresadas en idioma alemán fue realizada por el Dr. Gustavo Chan Mora, profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Criminalidad de los Poderosos, política criminal, criminología, derecho penal.

ABSTRACT: This article is a written version from the inaugural lecture of the 2012 academic year at the Faculty of Law of the University of Costa Rica, given by Professor Dr. Cornelius Prittwitz. The lecture deals with the subject called "The Criminality of the Powerful" and begins with some observations on the relationship between power and the powerful, on one hand, and law, on the other hand. Then, it continues with the development of the concept of the subject matter. Alongside this development, are rigged some comments on those would be the most important problems that criminology and criminal law face regarding this issue. Finally, the paper concludes with a summary of the main ideas and the author's perspective on the topic in question

KEYWORDS: Criminality of the Powerful, Criminal Policy, Criminology, Criminal Law.

Fecha de recepción: 2 de Junio de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de Junio de 2012.

I. SALUDOS Y AGRADECIMIENTOS

Las reglas de etiqueta son importantes, pero a veces vale la pena infringirlas. En este momento quiero hacerlo, para saludar a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Junto a estos saludos quiero agregar mis deseos y esperanzas de que ustedes se encuentren en el inicio de un buen año de estudios y de trabajo, no solamente intensivo, sino también gratificante. Pero, sobre todo, espero que sean buenos estudiantes en el sentido de que no se dediquen solamente a escuchar, sino que se dispongan a preguntar,

a criticar, y a “provocar” a sus profesores. Estoy hablando, -claro está y para evitar malentendidos-, de provocaciones intelectuales. Ustedes son los que van a representar el Derecho y la Justicia en el futuro y esto hay que tomárselo en serio lo más pronto posible.

Señor Decano, estimadas colegas y estimados colegas de esta Facultad, señoras y señores, ¡muy buenos días! Quiero agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y, en particular, a su decano, el Profesor Dr. Daniel Gadea Nieto, por haberme invitado a disertar en la lección inaugural de esta Facultad. También quiero dar las gracias al Colegio de Abogadas y Abogados y a su presidente, el Dr. Gary Amador, a la Maestría de Ciencias Penales de esta Universidad y a su director, el Dr. Javier Llobet Rodríguez, quienes han coorganizado, junto con la Facultad y su Decano, esta Lección Inaugural. De igual manera quiero agradecer a quien fuera mi discípulo en Frankfurt, el Dr. Gustavo Chan Mora, por haber insistido en que viniera a Costa Rica y por haber participado intensamente en la organización de estas actividades

II. INTRODUCCIÓN Y EXPOSICIÓN DEL TEMA

Hablemos entonces de la “La Criminalidad de los Poderosos”. Es cierto, primero que todo, que este es un título y un tema atípico para la lección inaugural de una Facultad de Derecho, y no lo es solamente aquí en Costa Rica, sino que lo sería también en Alemania y, probablemente en cualquier país. Quizás sería más adecuado afirmar que, en más de un país, esta lección inaugural sería, francamente, inimaginable. ¿Por qué es así? Lo es exactamente por las mismas razones por las cuales yo opino que el tema “La Criminalidad de los Poderosos” es un excelente tema para la Lección Inaugural de cualquier Facultad de Derecho. (Y eso, lo puedo decir, sin hacer grandes elogios de mí mismo, porque no fue mi idea, sino la de los organizadores de este evento).

El tema es tanto atípico, como excelente, porque la relación entre los poderosos y el Derecho en general, y entre los poderosos y el Derecho penal, en

particular, es una relación difícil, es una relación, que tiene dos caras. Voy a empezar mi ponencia con algunas observaciones sobre esta relación entre el Poder y los poderosos, por un lado, y el Derecho, por el otro lado (III.), para continuar con algunas cuestiones sobre el tema: ¿Qué es la Criminalidad de los Poderosos? O, mejor dicho: ¿Qué tenemos que entender bajo el concepto de “Criminalidad de los Poderosos”?

Junto con estas preguntas vienen aparejadas observaciones sobre los que serían los problemas más importantes que se plantean la Criminología y el Derecho Penal en cuanto a este tema. Por supuesto que intentaré dar algunas respuestas a estas cuestiones, pero debo admitir, desde un principio, que solamente serán respuestas provisionales (IV.) Finalmente, voy a concluir, como parece necesario para cada texto y conferencia científica, con un resumen de mis ideas sobre este tema y con una perspectiva sobre el mismo (V.).

III. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE EL PODER Y EL DERECHO

Discutir acerca de la relación entre el Poder y el Derecho, aún en un nivel superficial, es difícil, porque el Derecho penal es una materia, un ámbito en el cual muchos - yo diría que casi todos- **se sienten expertos**. Así lo piensan los políticos, pero también la gente, el hombre o la mujer comunes. Y todos se sienten bien preparados para debatir acerca de los problemas y la legitimidad del Derecho penal.

No obstante, el objeto de los debates acerca del Derecho penal tiene más de una cara. La Ciencia del Derecho penal tradicional, esa que ha sido gestionada en Alemania y exportada con tanto éxito a Latinoamérica -hay que admitirlo francamente-, **no** ha mostrado un particular interés por estas **diversas** caras del Derecho penal. Y **no** ha mostrado tampoco un particular interés por las **distintas** perspectivas desde las que se puede debatir sobre la legitimidad del Derecho penal. En Alemania, como en otros países, los problemas acerca de la legitimidad del Derecho penal han sido tratados en un nivel filosófico bastante abstracto.

Todos ustedes conocen las palabras claves o, para el caso de aquellos estudiantes que empiezan sus estudios de derecho ahora, las van a conocer muy pronto: Una parte de los penalistas han legitimado el Derecho penal (sin prestar mucha atención a la realidad del Derecho penal) mediante la **teoría absoluta de la pena** según la cual, está permitido legítimamente infringir un mal, esto es, imponer una pena, para los delincuentes que han causado un mal a otro mediante un delito. Otros, - hoy día la mayoría de los penalistas-, no están satisfechos con el antiguo principio „punitur quiam peccatum est“. Estos postulan que el Derecho penal y las penas serán legítimas siempre y cuando sirvan para prevenir delitos futuros. Estoy hablando de las llamadas **teorías relativas del Derecho penal**: las teorías de la prevención general y de la prevención especial, con sus variantes negativas y positivas. Pero aquellos penalistas que quieren justificar el derecho penal mediante sus consecuencias, esto es, mediante sus resultados útiles, **tampoco prestan mucha atención a la realidad** del derecho penal.

La política criminal, la generalidad de las personas, e incluso las ciencias penales **presuponen**, pero no se preocupan por **saber o comprobar** si mediante el uso del Derecho penal se cometen menos delitos o si los ciudadanos son protegidos efectivamente a través de ese mecanismo. De este modo - debido a que todos creen en los buenos objetivos, presuntamente evidentes, asignados a la pena- ha surgido un Derecho penal que, en realidad, puede servir y sirve a muchos fines, algunos más legítimos que otros. Y se ha formado una **ciencia jurídico penal**, que se dedica sobre todo a la **dogmática penal**, o sea, al establecimiento de reglas sistemáticas y coherentes para la imputación objetiva y subjetiva de los ilícitos penales, aspectos técnicos que, por supuesto, son importantes, pero que además requieren de un buen fundamento y un consenso fundado sobre la tareas legítimas y realistas que debería cumplir el Derecho penal.

Es en este punto adonde veo las “distintas caras” del Derecho penal. A mi juicio son tres las “caras” más importantes:

1.- Para todos aquellos quienes, de manera distinta a la mayoría de los penalistas, se interesen tanto por la realidad actual como por el pasado del Derecho penal, el Derecho penal es, en primer lugar, un **instrumento de los poderosos** para asegurar su Poder y para suprimir a quienes se les oponen. Algunos, -los críticos radicales del derecho penal, en la criminología crítica por ejemplo- piensan que así sigue siendo en la actualidad.

2.- Otros comparten la perspectiva crítica en lo que respecta al análisis del pasado, pero quieren preparar el Derecho penal, antes utilizado por los poderosos, para una **nueva lucha**, “buena” y políticamente legítima, **en contra de los poderosos** del mundo político y económico. Cuando ellos hablan del Derecho penal - en Alemania, por ejemplo, este es el caso de mi colega y amigo Bernd Schünemann-, trabajan con esta perspectiva del Derecho penal, y nunca se sabe si hablan de una utopía o de una realidad.

3.- Según considero, hay un tercer grupo en el que se ubican muchos penalistas de las universidades y de la vida práctica. Estos consideran que los grupos anteriormente mencionados están **demasiado preocupados con las nociones de Poder y ausencia de Poder**. Por el contrario, -según sostiene este último grupo-, los temas centrales del Derecho penal de hoy en día son y deben ser los derechos, la libertad y la seguridad de los ciudadanos.

Según entiendo, estas diversas concepciones son el motivo de muchas controversias, pero también son el trasfondo de muchos malentendidos en el debate que existe acerca del Derecho penal, a nivel nacional en Alemania y a nivel internacional. ¿Por qué será así? Pues bien, tanto los que quieren utilizar el Derecho penal para asegurar el Poder, como los que, por el contrario, quieren utilizarlo para alcanzar a los política y económicamente poderosos, estarán a favor de una expansión del Derecho penal y además de un Derecho penal duro, el cual verán como legítimo. Se trata, como puede verse, de una extraña coalición. Entre estos dos grupos surgen dudas solamente de vez en cuando si, por razones de efectividad, se puede apreciar que más Derecho penal significa menos resultados.

Existe otra extraña coalición. Me refiero a aquella en que pueden agruparse, por un lado, quienes hoy en día -con razón y sin razón- critican el Derecho penal como instrumento de los poderosos, y, por otro lado, los que -de nuevo, con razón y sin razón- temen que el nuevo Derecho penal se dirija en contra de ellos, es decir, los poderosos mismos. Estos dos grupos, bastante heterogéneos, estarán a favor de menos Derecho penal y más garantías.

La situación más difícil la enfrentan aquellos que no niegan la relación entre el Derecho penal y el Poder, pero no consideran que este sea el tema central del Derecho penal en la actualidad. En lugar de eso, ellos están convencidos de que el tema central es la protección de los derechos y la seguridad de los ciudadanos. ¿Por qué resulta tan difícil de sostener esta posición? Pues porque quien considera que la protección de los ciudadanos es lo más importante en la realidad del Derecho penal se plantea las cuestiones acerca de la legitimidad y la efectividad de esta rama jurídica de manera muy diferente.

En este punto, quienes piensan en los derechos de los ciudadanos esperarán seguramente que se proteja a los ciudadanos mediante el Derecho penal. Sin embargo, si se toman en cuenta los resultados de la criminología empírica sobre la prevención especial y la prevención general, no se podrán suprimir fácilmente las dudas acerca de las capacidades y el potencial real del Derecho penal para lograr ese objetivo. Por otra parte, con lo que sabemos sobre los daños que produce el Derecho penal, habría que preocuparse sobre todo de la protección de los ciudadanos frente al Derecho penal. Respecto de esta rama del ordenamiento jurídico, gustosamente, se olvida que siempre pone en riesgo las garantías y la libertad cuando no se le utiliza como protección frente al Estado y, en cambio, se le promociona como un instrumento para la protección de los ciudadanos.

Mi propia perspectiva respecto del Derecho penal y de las tendencias político-criminales más importantes en la actualidad no se basa **ni en la idea de que este es un instrumento de los poderosos, ni en la idea de que este es un**

instrumento contra los poderosos. Es mi convicción que el Derecho penal - tanto el modelo (quiero decir: nuestros códigos penales), como la realidad del Derecho penal - hoy día es bastante heterogéneo: existen partes del Derecho penal que todavía hoy día -tal vez más en algunos países y menos en otros - yo percibo como “instrumentos de los poderosos”; pero también veo partes del Derecho penal que claramente parecen como instrumentos en contra los poderosos. Además, la parte más grande de nuestro Derecho penal no tiene que ver con el Poder, sino con la protección de bienes jurídicos de los ciudadanos, los cuales son amenazados por sus propios conciudadanos.

Mi tesis central -y la presenté ayer en el Congreso Internacional de la Política Criminal- es que el Derecho penal, después de haberse transformado en un “Derecho penal del riesgo”, corre el peligro de convertirse en un “Derecho penal del enemigo”. Y mi advertencia frente a este desarrollo se relaciona con una concepción del Derecho penal que se interesa y debería interesarse más por la protección de los Derechos de los ciudadanos y el fortalecimiento de las garantías previstas por nuestras leyes penales y procesales. Ahora bien, lo interesante es que el Derecho penal del enemigo, como expuse ayer, ya ha afectado y -en mi perspectiva- contaminado **la totalidad** el derecho penal.

De manera que, el peligro más grande que existe es que aquellas partes del Derecho Penal que tienen que ver con el Poder (quiero decir, las partes que se pueden percibir como instrumento de los poderosos y también las partes que se pueden caracterizar como instrumento en contra los poderosos) se conviertan todas en un “Derecho Penal del Enemigo” que, en verdad, ya no es, ni merece el nombre de De-recho.

Mi resumen de esta primera parte de mi ponencia es el siguiente:

1.- El hecho que el tema de la “Criminalidad de los Poderosos” sea tan atípico para una lección inaugural y para el Derecho puede ser interpretado de dos maneras:

A.- Uno podría decir que esto refleja el hecho de que en el Derecho - en todo el pensamiento jurídico- no hay poderosos, ni débiles. Ante la ley todos son iguales, son ciudadanos. Es la ley quien tiene el poder en el Estado de Derecho que, exactamente por eso, se llama “Estado de Derecho”. Suena bien, y todos seríamos muy felices si esto fuera la verdad. Sin embargo, existen dudas muy importantes, introducidas en las Ciencias Penales por la Criminología y, en particular, por la llamada Criminología Crítica, de que esto sea así en la realidad. Por eso, existe una opción alternativa para explicar el carácter “atípico” o poco frecuente de nuestro tema, y esa es la siguiente.

B.- El Poder y el Derecho penal todavía son muy “**buenos vecinos**”. Es por eso, que el debate sobre la Criminalidad de los poderosos es un debate de algunos criminólogos, pero no es un debate importante del Derecho penal mayoritario, ni tampoco lo es en el discurso político-criminal mayoritario. En este punto resulta esencial aclarar de qué estamos hablando cuando se hace referencia a la Criminalidad de los Poderosos.

IV. DUDAS, DEFINICIONES Y RESPUESTAS PROVISIONALES EN CUANTO AL TEMA

A. Algunas definiciones posibles.

¿De qué hablamos entonces, cuando utilizamos esta noción de la “criminalidad de los poderosos”? Aquí en Costa Rica -esa es mi impresión-, creo que hay una respuesta clara: ¡La “Criminalidad de los poderosos” es la **corrupción**! Pero las cosas son más complicadas. Parece que hay distintas respuestas, en distintos lugares, al definir el concepto, y también parece que las respuestas de ayer no son las de hoy día, y que las de mañana, otras nuevas, tampoco lo serán. En el discurso global actual, pienso, son percibidos como “Criminalidad de los Poderosos” aquellos crímenes tipificados en el tratado de Roma de 1998.

¿Cómo podemos aproximarnos a una definición? Mediante la interpretación filológica – tan popular en el ámbito del Derecho penal – se produce un resultado obvio: Se trata de la criminalidad de las personas que tienen Poder. Pero inmediatamente podrá verse que las interpretaciones y las respuestas filológicas en este caso, como sucede muchas otras veces, no sirven, porque no nos aportan lo que realmente queremos saber.

¿Por qué es así? Bueno porque, primero que todo, hay que definir qué se entiende bajo la noción de “Poder”. Como escribe muy bien mi colega y amigo Jesús Silva, fenómenos tan heterogéneos como “el terrorismo, el narcotráfico, la criminalidad organizada, la corrupción política, la criminalidad empresarial (e incluso la violencia doméstica) son identificados con la noción de “criminalidad de los poderosos”.

Es cierto que hay un elemento de Poder en la violencia doméstica. Nadie va a negar el “Poder” de la criminalidad organizada -un poco más obvio en algunos países- y más o menos lo mismo se puede decir sobre el terrorismo, y tal vez sobre el narcotráfico. Pero muchos no estarían de acuerdo con identificar todos estos fenómenos de criminalidad con la llamada “criminalidad de los poderosos”.

Por otro lado, al hablar sobre genocidio y sobre otros delitos tipificados en el Estatuto de Roma, y también al hablar sobre la corrupción política, nadie diría que estos fenómenos de criminalidad no son parte integrante de la “Criminalidad de los Poderosos”. Finalmente, también tenemos que la criminalidad de las empresas y de los empresarios se encuentra, en el medio, entre los claros y entre los discutibles candidatos para ser considerados parte integral de la “criminalidad de los poderosos”.

Con todo esto, con esta colección de material y de sugerencias nos hemos preparado para encontrar lo que cada esfuerzo científico necesita: una definición

o, tal vez, distintas definiciones.¹ Todavía en la búsqueda de una definición útil, hay que plantear algunas preguntas y encontrar algunas respuestas rápidas:

- En primer lugar: **¿Es posible – y también recomendable – buscar una definición de este fenómeno que sea común para el Derecho Penal, para la Política Criminal y para la Criminología?** Yo diría que sí y, aunque parece muy ambicioso, también parece necesario. ¿Por qué es ambicioso? Pues porque la criminología, por lo menos la moderna criminología, no necesariamente sociológica, utiliza la noción “crimen” de manera distinta a aquella en que la utilizamos nosotros los juristas. El concepto mayoritario sería el de “comportamiento desviado/desviante” y es claro que con eso no se hace referencia solamente a los actos prohibidos por la ley.

Pero también la noción criminológica es problemática. Con su perspectiva centrada en la disconformidad o desviación del comportamiento la criminología está perfectamente preparada para sus estudios acerca del control social, tanto formal e informal, pero no puede ofrecer mucho si se trata de criminalizar un comportamiento conforme a la ley o que incluso está conforme con ciertas reglas éticas o sociales.

La política criminal sería la candidata para aportar una definición material o sustantiva de la criminalidad de los poderosos. Pero en este momento no existe en la política criminal un nivel científico, -aunque una **ciencia** de la política criminal me parece urgentemente necesaria-, ni tampoco se realizan en ella esfuerzos científicos para trabajar y formular tal definición.

1 El hecho de que se hable tanto de la “Criminalidad de los Poderosos” sin disponer de una definición aceptada, demuestra que hasta hora este debate es, en su mayor parte, un debate político, pero también se trata de un debate sociológico-criminológico, ámbitos en los cuales la necesidad de nociones exactas no tiene la misma importancia que en el Derecho penal. Mi sugerencia es que un debate en las ciencias criminales y entre las ciencias criminales sobre la “Criminalidad de los poderosos” es necesario y, -según opino-, para este debate necesitamos una definición mucho más exacta que la que hasta ahora tenemos.

Y, finalmente, nosotros los juristas estamos acostumbrados a una noción que nos sirva en la aplicación del Derecho penal. El “Nullum crimen sine lege” incluye claramente la regla de que aquello que no está definido en la ley, no puede ser considerado como delito y, por lo tanto, no puede ser criminalidad.

¿Por qué parece necesaria una definición común? El debate sobre la criminalidad de los poderosos es un debate político-criminal, que está necesariamente informado por la Criminología y que tiene como finalidad obtener respuestas del Derecho penal. Para poder comunicarnos necesitamos una definición común, aunque esta tal vez será solamente una definición de trabajo. Para los penalistas esto significa que tienen que renunciar a sus pre-requisitos legalistas, que con buena razón son pre-requisitos, pero siempre y cuando se trate de aportar para la legitimidad de un proceso concreto y de una pena concreta.

-En segundo lugar: **¿Existen tal vez otras nociones, que nos ayuden a superar las dificultades que conlleva un concepto con una pluralidad de contenidos como el de criminalidad de los poderosos?** Sí existen esos otros conceptos alternativos, como: criminalidad del gobierno (Regierungskriminalität) y criminalidad estatal o criminalidad fortalecida por el Estado (Staatskriminalität, staatsverstärkte Kriminalität), Macrocriminalidad (Makrokriminalität) organizada o criminalidad extendida.

En contra del primer concepto, uno podría asumir una perspectiva científico penal rígidamente ceñida al derecho penal vigente, para indicar que sería conceptualmente erróneo hablar de una “Criminalidad del Gobierno” porque, si se atiende que el Derecho penal se ocupa de las acciones de personas físicas, no podría haber una criminalidad de los gobiernos sino, en todo caso, una criminalidad de los representantes o funcionarios de los gobiernos. Se puede desconfiar de un trasfondo político-criminal que promete conceptos que denotan más de lo que pueden cumplir porque, en el sentido arriba indicado, solamente se puede hablar de la criminalidad de individuos particulares.²

2 En ese sentido se pronuncia Lüderssen, Der Staat geht unter, 1992, p. 17.

Con Wolfgang Naucke, -quien prefiere hablar de criminalidad estatal (Staatskriminalität) o criminalidad fortalecida por el Estado (staatsverstärkter Kriminallität)- también se puede considerar aquel primer concepto como “muy vago y muy poroso”.³ Se puede criticar que el concepto “criminalidad del gobierno”, tomado en sentido estricto, parece presuponer que esta clase de delitos solamente pueden ser cometidos por individuos que ejercen un cargo oficial⁴, o también permite que el concepto pueda ser malentendido solamente en relación con la clase gobernante.

Como se ha dicho, se puede criticar todo eso con cierta razón. Sin embargo, en lugar de ello se puede señalar que el concepto que ha resultado de ello es más útil, en un sentido pragmático, ya que:

- Dicho concepto vincula una cierta sobriedad (Nüchternheit) que, según me parece, no es solamente mucho más adecuada para denominar algunos de los componentes del Ministerio Público, sino también para intentar categorizaciones en las ciencias penales.

- Posibilita una mayor precisión que la que permiten conceptos que se entienden y pueden ser entendidos de manera muy amplia, como lo son los conceptos de “criminalidad de los poderosos” o de “macrocriminalidad”; esto en el tanto de que se trata de un tipo de criminalidad que se comete desde una posición de Poder fundada políticamente y no de otra manera.

- Tampoco convence la objeción de que no se trataría para nada de una criminalidad del gobierno, sino en todo caso de una criminalidad de los representantes en el gobierno. De manera análoga a la diferenciación que se realiza entre criminalidad económica y criminalidad empresarial, por un lado, y criminalidad de los directivos o mandos (Managerkriminalität) por otro lado, no se trata solo de excesos personales de sujetos individuales, sino de una criminalidad

³ Naucke, Strafrechtliche Privilegierung ..., 1996, P. 19, nota al pie.11.

⁴ Neubacher, Kriminologische Grundlagen ..., 2005, 20.

que se realiza, precisamente, con el ejercicio de una posición de poder que no es excesivo, pero si delictivo. Con razonable prudencia, se puede querer dejar abierto si se trata de una criminalidad del gobierno (esto es, de un colectivo), o de si se trata de criminalidad de un individuo.

- En comparación con los conceptos contendientes -de criminalidad del Estado (Staatskriminalität) y de criminalidad fortalecida por el Estado (staatsverstärkten Kriminalität)-, propuestos por Naucke, puedo conceder que la palabra “Estado” se ajusta mejor que la palabra “Gobierno” como concepto guía, porque no se trata de la exclusiva consideración de la delincuencia del Poder Ejecutivo; pero además, por otra parte, porque el concepto de “criminalidad de Estado o crímenes de Estado” (Staatskriminalität) ya está “ocupado”, ya que desde hace mucho se designa con este último concepto la criminalidad dirigida en contra del Estado.

- Finalmente, tampoco encuentro digno de preferencia el término “criminalidad fortalecida por el Estado” (Staatsverstärkte Kriminalität): Este me parece demasiado abundante en requisitos y fija la idea de que el Estado -dicho desde el punto de vista jurídico penal- a lo sumo puede asumir el papel de asistente o cómplice (Gehilfenrolle), pero no el papel de autor (Täterrolle), lo cual, como bien se sabe desde una perspectiva jurídico penal y criminológica, no acontece así forzosamente.

-La utilidad de tales discusiones conceptuales es ciertamente limitada. No se trata -como me lo señalaba alguna vez Jäger-, de un concepto jurídico de rango constitucional en que se pueda y deba realizar obligatoriamente un juicio de subsunción, sino que se trata de un concepto ordenador o clasificatorio. Se debe dejar en claro entonces, qué cosa u objeto se está tratando. Según opino, el concepto “criminalidad de los poderosos” cumple con esas exigencias. Si la comunidad académica o acaso el uso general del lenguaje aceptan o no el concepto posteriormente, es algo que se verá.

B. La Criminalidad de los Poderosos y el Poder de los Criminales.

Siguiendo la conocida definición de Max Weber, “Poder” significa “la oportunidad de realizar la propia voluntad, también contra quien se opone, dentro de una relación social”⁵ Nt. Así, visto sociológicamente, sin duda alguna se puede apreciar en cada delito una demostración de Poder. Sin embargo, esto no es lo que significa el concepto de criminalidad de los poderosos aparecido en Alemania en los años setentas, sino aquellos casos evidentes de criminales que cuentan ya con Poder frente al hecho delictivo, o sea, un Poder que surge de otras fuentes y niveles distintos del que emerge directamente mediante el delito.

En primera instancia, parece ser que las oportunidades de ejecución de su voluntad por parte los poderosos, hacen posible la causación de una lesividad específica y de particular peso. Quien, por ejemplo, cuenta con Poder político y militar, puede amenazar con dañar y destruir la vida, la salud y la libertad de innumerables seres humanos e incluso de pueblos enteros. La historia del Poder (y no solo del Poder estatal) muestra más que claramente que los poderosos no se retraen para utilizar este potencial destructivo. Y quien se encuentra en una posición económica de Poder puede causar, por ejemplo, mediante estafa o corrupción, daños en una dimensión mucho mayor a la que causaría el ciudadano promedio. Esta afirmación, de que los poderosos siempre vuelven a utilizar su potencial para causar daños a los afectados, apenas requiere de alguna explicación.

Pero también en otro sentido, se abren perspectivas particulares (sorprendentes para algunos observadores), que parecen colocar entre comillas a la criminalidad de los poderosos como objeto de investigación de las ciencias penales, puesto que los poderosos, en sentido Weberiano, no solo tienen el poder de causar daños, sino también el Poder de definir sus comportamientos lesivos

5 **Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, § 16.**Nt. La idea, expresada literalmente en idioma alemán indica: „die Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen“

como justos o injustos, esto es, de ponerse a salvo de que sus actuaciones sean definidas como delito, como parte de la “criminalidad”⁶. Este vínculo entre el Poder de lesionar y el poder de definir se encuentra en numerosas citas críticas y literarias.⁷

La Criminalidad de los Poderosos es, evidentemente, un tema de las ciencias penales. Pero no hay duda de que ese concepto resulta menos adecuado para el Derecho Penal. Si se quisiera utilizarlo no solo polémica o políticamente, sino también científicamente, entonces la criminología se presenta como aquella disciplina de las ciencias penales que puede trabajar con dicho concepto. Esto vale para casi todas las perspectivas criminológicas que existen. Con todo, la criminología solamente se ocupa del tema de manera titubeante.

Sin perjuicio de los escándalos más importantes, la discusión sobre la criminalidad de los poderosos no es puesta a la orden del día por la criminología, sino por la realidad práctica de la persecución penal, de la política criminal y del Derecho penal.

También conviene que nos preguntemos si, sin lugar a dudas, podemos hablar de “criminalidad de los poderosos” o si tenemos que clarificar que aquí, como en otras partes, se debe hablar mejor de “criminalización de los poderosos”. De esto solo se ha ocupado la criminología de manera muy reservada, cuando se

6 Así, Peters/Peters: “Los poderosos se libran de la pena porque el contexto social, o sea, el contexto de lo tipificado sobre la base del Poder de definir, no lo posibilita”. (..... Mächtige (bleiben) straffrei, weil der soziale, d.h. auf Grund der Macht der handelnden Definitionsobjekte typisierte Kontext die Kriminalitätszuschreibung nicht zulässt.”) (KrimJ 1976, 46 ff. [48]).

7 “El que asesina a su suegra, será decapitado. Esta es una comprensible costumbre antigua. Pero quien mata a cientos de miles, obtendrá un monumento”. Erich Kästner (1945). Y Bertolt Brecht se preguntaba en su “Ópera de los Tres Centavos” que sería el robo de un banco, en comparación con su fundación. („Wer seine Schwiegermutter töt schlägt, wird geköpft. Das ist ein uralter verständlicher Brauch. Wer aber Hunderttausende umbringt, erhält ein Denkmal.“ Erich Kästner, (1945); Und Brecht lässt in der Dreigroschenoper Meckie Messer fragen, was denn die Beraubung einer Bank sei im Vergleich mit ihrer Gründung. Bertold Brecht, Dreigroschenoper, Szene 9, S. 94

ha interesado por los comportamientos del Estado que han sido criminalizados. Sin necesidad de mayor reflexión, es claro que cuando se trata de criminalización de los poderosos, más bien se debe hablar de una omisión de criminalización.

V. CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVAS FINALES

Tenemos la impresión de que existe una persecución penal de la criminalidad de los poderosos. Pero esta primera impresión puede que no sea correcta.

Ciertamente, en muchos países -incluyendo a Italia y Alemania- han existido procesos penales espectaculares, contra gobernantes aún en funciones o que lo fueron previamente (primeros ministros, cancilleres). Su cierre con sobreseimientos provisionales o definitivos, pero no con sentencias finales absolutorias, ha suscitado en la población la idea de que la criminalidad del gobierno (Re-gierungskriminalität) o la criminalidad de los poderosos no es, de ninguna manera, un problema teórico (con ello, es interesante e irritante que de ninguna manera se ha dado una protesta colectiva desde la sociedad, sino algún grado de cinismo o, incluso, de comprensión para aquellos actos).

Por otra parte, aquellos Estados que no estaban en la capacidad de entablar procesos penales contra los Poderosos de la Política, de pronto se vieron confrontados con que otros actuaron para ellos, como sucedió con el juez de instrucción español Baltazar Garzón, en el caso del ex-dictador chileno Augusto Pinochet.

De igual manera, en su conjunto, la comunidad internacional se ha matriculado decididamente para emprender los primeros pasos con el Tribunal Penal Internacional contra la Criminalidad de los Poderosos.

Y, finalmente, en todas partes, sobre todo en los países capitalistas occidentales, tienen lugar estimulantes procesos penales contra quienes tienen Poder económico, los cuales han culminado incluso en condenas, como sucedió

por ejemplo en Estados Unidos con un alto ejecutivo quien, a sus sesenta años, comenzó a descontar sus 27 años de prisión.

No obstante lo anterior, esos fenómenos deben valorarse de manera escéptica: se trata en parte de respuestas simbólicas que más bien ocultan las respuestas que se dan de manera sistemática. De entrada, no puedo reconocer tal función para las ciencias penales. Si el trasfondo colectivo es *conditio sine qua non*, si aquel individuo nunca ha sido tratado así bajo otras circunstancias, entonces las ciencias penales (y por lo demás el Derecho penal) deben dedicarse a estudiar aquel trasfondo.

Naturalmente, uno debe cuidarse de sucumbir a los intentos individuales y colectivos de justificación que, mediante la aplicación ingenua de teorías de la psicología grupal y de masas, acentúan unidireccionalmente el contexto del “sistema”, a costa de ocultar la responsabilidad individual. Pero por lo menos así de urgente -quiero decir, aún más urgente- se plantea para la Criminología la tarea de favorecer un enfoque que dé cuenta de responsabilidades colectivas, ocultas de hecho por un sistema de Derecho penal inclinado (correctamente) a la responsabilidad individual.